

# 他山之石:潘德克顿法学 对中国民法典编纂的历史镜鉴

曹志瑜<sup>1</sup>, 曹欣<sup>2</sup>

(1. 景德镇学院 教务处, 江西 景德镇 333000;

2. 中国科学技术大学 公共事务学院, 安徽 合肥 230026)

【摘要】德国民法典是世界上最重要的民法典之一,已在全世界范围内产生了普遍性的影响及作用。与法国民法典相比,德国民法典尽管迟于出现近一个世纪,但在立法技术和学科理论方面都愈加完善。德国在民法学说上积淀出相当丰富的经验,从而使得德国民法典具有严谨的法律概念和完善的法律体系。这些优势的理论基础渊源于潘德克顿学派,潘德克顿学派对德国民法典的影响非凡。纵观一个多世纪以来中国民事法律的变迁,潘德克顿学派对德国民法典的历史作用亦能引发对中国民法典在立法编纂组织、体例内容建构、民族精神融入等方面的思考。

【关键词】德国民法典;潘德克顿学派;中国民法典编纂

【中图分类号】D923

【文献标识码】A

【文章编号】1671-6973(2020)03-0094-05

## 一、引言

任何一部跨时代、跨世纪的法典,都少不了法学学派的理论支持和社会历史因素的积淀,德国民法典也不例外。德国民法典的问世不是偶然,而是时代背景下应运而生的产物。“从统一民法典的想法源起到民法典的最终颁布实施,德国民法典的制定历时近一个世纪(1814—1896),其中仅法典撰写就用了22年时间(1874—1896)。”<sup>[1]</sup>如此漫长的制定时间,使得德国民法典在法典体系、内容以及立法编纂技术上对比法国民法典有了创新性的改变。无论是独创的“五编制”民法典编撰体系,还是法律文本上运用的适度概括的立法技术,都让这部法典更有内涵。相比于法国民法典,德国民法典的优势在于严谨的法律概念和完善的法律体系,这些优势的理论渊源则是潘德克顿学派(又被称为“学说汇纂学派”)的智慧结晶。德国民法典是潘德克顿学派的代表产物。今天看来,揭示潘德克顿学派对德国民法典的作用不仅有助于我们深入了解该法典背后的理论渊源,也有助于深化对潘德克顿学派的认识,对中国民法典编纂工作亦具有重要的启示意义。本文试图通过对潘德克顿学派与德国民法典的研究,为中国民法典在立法编纂组织、体例内容建构、民族精神融入等方面寻求有益经验,同时为中国民法典编纂中出现的有关问题提供新的解决思路 and 方案。

## 二、潘德克顿学派与德国民法典

### (一)潘德克顿学派的产生与特征

潘德克顿学派溯源于历史法学派。德国历史法学派在十九世纪上半叶一直处于德国法学理论的支配地位,到1900年又至今日,在某些方面,法学思维仍有其烙印。<sup>[2]</sup>时代的发展和社会的变迁,“历史法学派在时代的潮流中也在内部衍生出了强调罗马法为德国历史上重要渊源的罗马学派和强调加强古代日耳曼法研究的日耳曼学派。”<sup>[3]</sup>19世纪中叶以后,罗马学派内部分成了两派,一派是以耶林为代表的主张法律研究的多元化,不应仅局限于历史和概念的探讨上;一派是以温德海得(Windscheid)为代表的在研习《学说汇纂》的基础上,加强了法律概念的精确性和法律体系的逻辑性,后形成了潘德克顿学派(Pandektistik)。“温德沙伊德

【收稿日期】2019-01-28

【作者简介】曹志瑜(1981—),男,江西省景德镇人,法学博士,研究方向:司法制度、思想政治教育理论与实践;

曹欣(1995—),男,安徽亳州人,民商法硕士研究生,研究方向:法理学、民商法。

一生在这套教科书上花费了整整 30 年的时间,堪为学说汇纂学派治学精神的楷模。”<sup>[4]</sup>《潘德克顿教科书》一共三卷,第一版刊发于 1962—1870 年。此后的二十多年里温德海得对该书进行不断的修订,到 1906 年,三卷刊发近十版。<sup>[5]</sup>

潘德克顿学派对德国民法典形成非凡影响的关键,取决于该学派本身独具的科学性的理论、体系、方法和成果,其所展现出的一些学术特征符合当时立法编纂的需要。这些特征主要有以下几方面:一是以《学说汇纂》作为其概念术语和理论建构的历史基础,以科学精神对法学概念进行体系化研究;二是潘德克顿学派崇尚成文法至上观念,著述语言简明规谨、内容论证透彻;三是潘德克顿学派坚持“归类—演绎”的逻辑推理,主张法律本身应具有完备的体系。“尤其是温德海得在《潘德克顿教科书》确立的五编制民法学体系,成为 1900 年德国民法典(包括后来日本和旧中国等的民法典)的渊源。”<sup>[6]</sup>“德国民族具有忠于传统,服从规则;恪守严谨,遵从秩序;崇尚理性,善于思辨的性格。”<sup>[7]</sup>正是这些民族性格促进了潘德克顿学派的形成与发展,从而成就了德国民法典。正如萨维尼在其著作《论立法与法学的当代使命》(Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft)中所阐述的那般:法律是民族精神、民族特征和民族共同意识的体现。<sup>[8]</sup>

## (二)潘德克顿学派对德国民法典的历史作用

德国民法典是潘德克顿学派的直接理论产物。在编纂体系上,“德国民法典分为总则、债之关系法、物权法、亲属法、继承法五编。”<sup>[9]</sup>潘德克顿学派发展和创新了诸多法律概念和立法技术,为后来德国民法典制定提供了学科理论上的支撑。总的来说,潘德克顿学派对德国民法典的作用主要有以下三个方面:

### 1. 法典总则编创举之理论贡献

从历史变迁的角度来看,“19 世纪中叶以后,德国开始出现统一的趋势,统治阶级开始认识到,统一的德国对于其挤入帝国主义列强是必要的。”<sup>[10]</sup>当《德意志一般商法典》和《德意志一般票据条例》在多数盟国开始有效实施,国家意志层面上的德国出现了立法统一的趋势,潘德克顿学派的形成是当时德国历史发展的必然结果。潘德克顿学派从传统民法的人法和物法分类中抽象出共同的原则形成一般规定,德国民法典在法典编纂体系中的总则创举无疑是潘德克顿学派理论产物的最好例证。这种类型的民法典编纂体系后来在世界范围内成为了许多国家民事立法编纂采用或借鉴的蓝本。

### 2. 现代民法教义学之理论建构

潘德克顿学派崇尚成文法和概念法学,注重将理论与实践结合在一起,强调对法律概念的精确阐述和论证,帮助德国民法典在立法技术上形成了令世界赞誉有加的法典编纂成就。“正是这个学派,完成了现代民法教义学理论体系的构建,为 19 世纪末期德国民法典的编纂奠定了坚实的理论基础,实现了德国人一个世纪以来存有的‘一个民族、一个帝国、一部法律’(Ein Volk, ein Reich, ein Recht, 也译为“一民、一国、一法”)的伟大梦想。”<sup>[11]</sup>

### 3. 法典稳定运行之理论渊源

潘德克顿学派的理论体系帮助德国民法典在其出现的一个多世纪里,除了在亲属法方面经历了大幅度的修改以外,其他部分内容在德国的多次社会动荡中都没有太大的改变。自德国民法典问世以来,德国先后经历了两次世界大战,多次政权更迭,潘德克顿学派的理论优势也使得德国民法典长期稳定运行。在这个意义上,潘德克顿学派的理论是具有科学性的,经得起社会变迁的多重考验。

## 三、对中国民法典编纂的思考

### (一)中国民法典编纂情况

中国民法典的编纂过程是曲折的,从最初提出编纂的设想到如今付诸实践已有半个多世纪。近年来,在全面依法治国的进程中,中国进行民法典编纂的时机已然成熟。“编纂民法典是通过对现行民事法律规范进行系统整合、修改完善,编纂一部适应中国特色社会主义发展要求,符合我国国情,体例科学、结构严谨、规范合理、内容协调一致的法典,是一项系统工程。”<sup>[12]</sup>根据立法规划,民法典的编纂主要分两步走:第一步先进行民法典总则部分的编纂,以便确立整个民法典的立法基调,目前已顺利完成,《民法总则》已于 2017 年 10 月 1 日起正式实施;第二步则是开展民法典分则部分的编纂工作,目前已将各分编内容提请审议,在全国人大常委会审议之后,力争于 2020 年制定并颁布实施中国第一部民法典。但就民法典分则编纂工作来说,学界存在不少争议。这些争议既有法典体系建构方面的(如要不要单独设立人格权编和知识产权编以及债法总则编存废问题),也有各分编具体内容上的(如农村土地问题、家庭亲属关系问题、不当得利与无因管理的

准合同性问题等)。

## (二)潘德克顿学派与中国的渊源

事实上,中国现有的民法制度在某种程度上来说是深受德国民法典以及潘德克顿学派理论影响的。历史上,中国曾经有两次对德国民法典进行了立法经验的借鉴与部分法律条文的移植。第一次是清末变法修律,继受了诸多西方法律制度及学说,其中就有潘德克顿学派。新中国成立以后,废除了国民党统治时期的“六法全书”,转而寻求社会主义法学,大量学习和借鉴前苏联法律制度,否定了对西方法律制度的继受。第二次则是改革开放以后,学者越来越多地翻译西方法律著作,越来越多的学生被公派到西方去学习先进的法律思想和体系。以德国为首的大陆法系国家的法律制度被有选择地借鉴。中国对这些法律思想和经验进行了本土化改造,苏联法学的印记慢慢淡化,大陆法系国家的印记逐渐显现。从上述历史过程来看,中国在民法典的编纂过程中继续借鉴和吸收德国、法国等大陆法系国家的理论和经验,既是对之前本土化改造的一种承继,也是民法典制定过程中的探索与机遇。

## (三)德国民法典引发的思考

在制定民法典问题上,对于民法典何时制定、如何制定、制定什么等,半个多世纪以来一直争论不休。何时制定问题已经解决,但如何制定问题、制定什么问题悬而未决。中国民事法律制度深受大陆法系国家的影响,以德国为例,潘德克顿学派与德国民法典对中国民法典编纂的启示主要有以下三个方面:

### 1. 编纂组织专业化

德国民法典在法典编纂过程中设立了以法学专家为中心的法典编纂委员会,形成编纂组织专业化。所谓的编纂组织专业化,实际上就是通过设立法典编纂委员会的形式,让法学专家主导法典编纂工作,保证法典编纂的科学化:一是法典编纂工作人员由法学专家进行主导,在立法体系和立法技术上更加趋于法典范式的专业化,利于制定出严谨规范的法律条文体系;二是法学专家具有较强的法律信仰价值观,崇尚法律在逻辑和论证方面的完美性,有助于立法质量的提高。法学专家主导法典编纂还可以有效避免道德、政治、文化等其它社会因素在法典编纂过程中产生的过度干扰。以德国民法典为例,当时法典编纂委员会的成员在编纂法典的过程中自由化程度很高,并没有受到太多的社会压力和政治干预。“此外,采取由法律家主导的法典编纂委员会的组织方式,还有助于妥善地保存在民法典草案起草过程中所产生的各个草案文本和对日后的研究具有重要的历史意义和学术价值的资料(理由书、议事录、意见书和委员会的讨论纪要等)。”<sup>[13]</sup>

鉴于法典编纂专业化存在的诸多优势,这一立法组织经验值得中国借鉴。具体建议如下:全国人大常委会设立专门的法典编纂委员会,委员会成员可以由学者、资深法官和律师、从事立法工作的公职人员以及社会群众荐选的立法代表等组成。遗憾的是,目前中国民法典草案的编纂工作仍然由立法机关(全国人大法工委)进行主导。从多次立法实践来看,法学专家虽然有参与立法草案的编纂工作,但存有很大的局限性。由立法机关主导法典的编纂,暴露出三个问题:一是立法机关的属性带有集体性质,个人意志要服从于集体意志,求同却难存异;二是立法机关面对立法重大争议往往是笼统概括甚至泛泛而谈;三是立法机关在立法过程中不可避免地受到法外因素的掣肘。显然,学者对法典编纂的重要性不言而喻。现有立法机构参与体制应当转化为法学专家主导的个人负责制,以最大程度保证立法的科学性。

### 2. 体例内容科学化

民法典草案体系沿用了德国民法典的“总则一分则”体系,在具体分则设置上与德国的“五编制”体系存在着不小差别。德国的民法典体系为总则、债之关系法、物权法、亲属法、继承法,而中国为总则、物权编、合同编、人格权编、婚姻家庭编、继承编、侵权责任编。在民法典草案中废除债法总则编以及人格权独立成编的问题上,学界仍然存在很大的争议。争议的焦点集中在民法典草案现行采用的编纂体例科学性,即法典体系逻辑是否清晰。民法典草案采用的编纂体系看似形成了以权利为本位的逻辑体系,实施中却可能造成逻辑混乱。

#### (1)人格权无须独立成编

针对人格权独立成编的问题,本文不赞成人格权独立成编。原因如下:一是人格权不同于其他编之权利,人格权具有自然法状态属性,“人格权迥异于其他民事权利,具有防御性、先在性、不可定义性、不可言说性,无法套用一般民事权利的基本构造与法律逻辑。以权利法思维制定的人格权编草案,既不能作为行为规范,也不能用作裁判规范”<sup>[14]</sup>;二是人格权存在于自然法,其价值只有当人格受到侵害时才能体现,人格权的权利救济性大于功用性,而财产权、身份权更则加强调实在法对人的保护,其功用性更强,将两者并列成编存

在逻辑矛盾;三是人格权的保护并不必然通过独立成编来实现,加强侵权责任法中人格权救济实际上跟司法实践更相吻合,一方面民法典编纂工作时间紧、任务重,人格权独立成编会造成《民法总则》与侵权责任法的衔接、重复问题,另一方面人格权部分的条文内容存在语言结构详略不当、裁判规则模糊等问题。因此,否定人格权独立成编,采用以“宪法人格权保护为根本—民法总则设立人格权保护的基本理念—侵权责任法强化人格权的保障制度”更为符合实际情况和现实需要。

### (2) 民法典应内置债法总则编

针对债法总则编存废问题,本文以为债法总则编应存在于民法典体系中,理由如下:一是从债法在民法中的地位来看,“债法,因其为私法自治原则之实践的活动枢纽,包罗特定人与特定人间之各种意定的及法定的给付关系及其相随之保护义务,涉及其发生、变更、消灭、移转、多数债权人或多数债务人及债务不履行等事项的规定。”<sup>[15]</sup>债法总则编对于整个民法典来说不仅具有体系完整的作用,还对践行私法自治原则起到推动作用;二是债法总则编的废除将导致民法典分则逻辑体系的混乱,像无因管理、不当得利等制度很难在合同编中得到合理安排;三是近年来国内主流的民法学教材都有债法部分存在。鉴于此,债法总则的存在非常有必要,故应改变现有的法典编纂体系,在合同和侵权责任编之前单独设立债法总则编,以减少民法典体系上的混乱。

### (3) 对中国民法典编纂体例、技术、内容之建议

立法体例上,民法典的编纂体系应当借鉴德国民法典的“五编制”体系,即中国民法典体系应为民法总则编—物权编—债法总则编—合同编—亲属编—继承编—侵权责任编,以最大程度保持民法典体系的科学性。既要注重对域外法典编纂经验的借鉴与移植,也应注重对本土实际的兼顾与融合。

立法技术上,可以采用德国民法典的“适度规定”和“抽象出一般规定”的方法。一方面要对法律条文本身进行概念含义的凝练与明确,避免法律在适用上出现歧义。另一方面法律条文不能过于机械,要给司法实践留有一定的裁量余地。针对中国特有的许多法律问题(如土地权利制度、家庭婚姻亲属关系、民法与行政法交叉等),可以结合法律文化和社会实际,向德国创造“法人”“法律行为”等法律概念和制度方面学习,独创出一些特有的法律概念和制度(如农村土地“三权分置”制度的法律化)。法律作为上层社会的产物,既要保持稳定性和权威性,也要避免机械性和条文主义。在保证私法自治和利益平衡这两个原则的前提下,对各方利益进行合理的取舍与分配。

立法内容上,一是要从我国的社会经济发展实际出发,重视对民事习惯的收集与整理,将一些优秀的民事习惯法律制度;二是内容本身上要协调好总则与分则各编之间的关系,将总则规定的不具有民法普遍性的内容抽离出来,放置到分则编中去。如“监护制度、民事权利的具体类型规定、按份责任与连带责任的规定,不具有‘普遍适用性’,应调整出总则编。”<sup>[16]</sup>要配额好民法典总则和分则各自的任务,尽量避免分则与总则有过多的重叠现象,以保证“总则—分则”在体系和内容上的严谨规范。

## 3. 民族精神法典化

德国民法典的问世是国家统一的需要,也是德意志民族精神的集中体现。严谨是德国人最突出的民族精神。当民族精神融入进某种事物中,民族精神就得以体现,国民自然会认同。因此,将中华民族的精神融入民法典,既是法典本身的需要也是时代赋予的使命,即在民法典编纂中要将民族精神吸纳进民法典,如社会主义核心价值观。

社会主义核心价值观是民族精神的集中体现。早在民法典编纂之际,党和国家就要求立法机关在编纂的过程中要注重实践,要制定出一部具有新时代中国特色社会主义印记的民法典。因此,将社会主义核心价值观融入民法典,是其编纂的灵魂。将民族精神法典化,可以从以下几方面着手:一是在法典编纂过程中以社会主义核心价值观为纲,以民法本身的私法自治和利益平衡两个内在属性为序;二是在法典编纂过程中注重科学性,在这个基础上,一方面要对德国、法国等国家积累的法典编纂经验进行本土化移植,又要注意从中国国情出发,将带有他国之民族精神的条文进行本国化改造;三是从民族精神的角度出发,敢于推陈出新,与相应的民族精神结合起来(如在亲属家庭关系中对孝道理念的植入,在民事纠纷中对和谐为贵理念的植入),凸显中国民法典的鲜明底色。

## 四、结 语

随着各国对德国民法典的纷纷仿效,潘德克顿学派的学术理论也随之被传播到世界各地。潘德克顿学

派对德国民法典的体系框架、文本构造、语言风格等方面均产生了深刻影响,是德国民法典经久不衰的奥秘所在,亦对中国正在进行的民法典分则编纂工作具有启发意义,为其提供了更多的解决思路 and 方案。如孙宪忠教授所说:“潘德克顿法学是真正的科学,对这一科学,我们应当认真地学习和继受。”<sup>[17]</sup>。同时,也要注重从中国实际出发,将民族精神进行法典化,以民族精神来作为民法典有效运转的强力保障。

## [参 考 文 献]

- [1] 张梅. 德国民法典的制定背景和经过[J]. 比较法研究, 1997(04):397.
- [2] Schröder, Recht als Wissenschaft: Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule (1500—1850) [M]. 2001, S. 191.
- [3] 何勤华. 历史法学派述评[J]. 法制与社会发展, 1996(02):9.
- [4] 舒国滢. 19 世纪德国“学说汇纂”体系的形成与发展 基于欧陆近代法学知识谱系的考察[J]. 中外法学, 2016, 28(01):23.
- [5] See Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts[M]. Bd. I—III, 9. Aufl., 1906.
- [6] 何勤华. 历史法学派述评[J]. 法制与社会发展, 1996(02):9—10.
- [7] 谢冬慧. 从民族性格看德国的潘德克顿法学[J]. 法学评论, 2015, 33(02):189.
- [8] Vgl. Friedrich Carl von Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft[M]. Mohr und Zimmer, Heidelberg, 1814, SS. 1—161.
- [9] 台湾大学法律学院, 台大法学基金会. 德国民法典[M]. 北京: 北京大学出版社, 2017.
- [10] 何勤华. 历史法学派述评[J]. 法制与社会发展, 1996(02):9.
- [11] 舒国滢. 格奥尔格·弗里德里希·普赫塔的法学建构: 理论与方法[J]. 比较法研究, 2016(02):19—20.
- [12] 徐隽. 民法典分编草案首次提请审议 分编草案共六编总计千余条[N]. 人民日报, 2018—08—28(06).
- [13] 陈卫佐. 德国民法典编纂的组织方式[J]. 比较法研究, 2015(03):22.
- [14] 梁慧星. 民法典编纂中的重大争论——兼评全国人大常委会法工委两个民法典人格权编草案[J]. 甘肃政法学院学报, 2018(03):1.
- [15] 黄茂荣. 民法典之债法的编纂[J]. 环球法律评论, 2018(02):8.
- [16] 柳经纬. 论我国民法典形成之时总则编之调整[J]. 政治与法律, 2018(06):105—107.
- [17] 孙宪忠. 中国民法继受潘德克顿法学: 引进、衰落和复兴[J]. 中国社会科学, 2008(02):102.

(责任编辑: 闫卫平)

## The Historical Significance of Panderkton to German Civil Code

### ——Reflection on the Compilation of Chinese Civil Code

CAO Zhi-Yu<sup>1</sup>, CAO Xin<sup>2</sup>

(1. Dean's office, Jingdezhen University, Jingdezhen 333000, Jiangxi Province, China;

2. School of Public Affairs, University of Science and Technology of China, Hefei 230026, Anhui Province, China)

**Abstract:** The German Civil Code is one of the most important and influential civil codes in the world. Compared with the French Civil Code, the German Civil Code was improved in terms of legislative technology and discipline theory, although it appeared nearly a century later. Germany has accumulated considerable experience in the theory of civil law, which makes the German Civil Code have a rigorous legal concept and a complete legal system. The theoretical basis of these advantages originated from the Panderkton, and the influence of the Panderkton on the German Civil Code was far reaching. Looking at the changes of civil law in China for more than a century, the historical role of the Panderkton in the German Civil Code can also arouse the thinking on Chinese Civil Code in the aspects of legislative codification organization, the style and content construction and the national spirit integration.

**Key words:** German Civil Code; Panderkton; compilation of Chinese Civil Code